

LA REFORMA LABORAL DE 2021 EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL. UNA VISIÓN CRÍTICA*

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de A Coruña
jmg@udc.es

ALBERTO ARUFE VARELA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de A Coruña
titof@udc.es

RESUMEN

Este trabajo analiza la flagrante inconstitucionalidad (bien directa, bien per relationem) de la regulación de la contratación laboral individual efectuada por el Real Decreto-ley 32/2021. Uno de sus puntos críticos se refiere a la aparente desaparición del contrato de obra o servicio determinado, razonando que se trata de una apariencia que engaña. Concluye, con cita de autoridades, sosteniendo que una reforma de este tipo exigiría sumar los más amplios consensos políticos y sociales, lo que sólo puede lograrse en sede parlamentaria.

Palabras clave: Contratación laboral individual; Inconstitucionalidad; Falso TRADE; Obra o servicio determinado; Reforma laboral de 2021.

ABSTRACT

This work analyzes the flagrant unconstitutionality (either direct or per relationem) of the ruling of employment hiring made by the Royal Decree-Law 32/2021. One of its critical points is that of the apparent disappearance of the contract for determined work or service, arguing that it is an outward

appearance. It concludes, with quoting of authorities, affirming that such a kind of reform should require to join the widest political and social consensus, what can be got only in the parliament.

Keywords: Employment hiring; Unconstitutionality; Fake TRADE; Determined work or service; 2021 labor reform.

RESUMO

Neste traballo analízase a flagrante inconstitucionalidade (sexa directa, sexa per relationem) da regulación da contratación individual laboral efectuada polo Real Decreto-Lei 32/2021. Un dos seus puntos críticos refírese á aparente desaparición do contrato de obra ou servizo determinado, razoando que se trata dunha aparencia que engana. Conclúe, con cita de autoridades, mantendo que unha reforma deste tipo esixiría sumar os máis amplos consensos políticos e sociais, o que só se pode acadar en sede parlamentaria.

Palabras chave: Contratación laboral individual; Inconstitucionalidad; Falso TRADE; Obra ou servizo determinado; Reforma laboral de 2021.

SUMARIO

1. LA FIJACIÓN DEL CONJUNTO NORMATIVO A TRATAR; 2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL; 3. LAS RESULTAS JURÍDICAS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL; 4. LA SUPUESTA DESAPARICIÓN DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO; 5. LA DESCONTEXTUALIZACIÓN DE LA REFORMA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL, AL HACER ABSTRACCIÓN DEL FALSO TRADE; 6. EL PECADO ORIGINAL DE LA REFORMA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL; 7. EPÍLOGO; 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA FIJACIÓN DEL CONJUNTO NORMATIVO A TRATAR

En materia de contratación laboral individual —tomando esta expresión en un sentido relativamente estricto—, la reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 32/2021 ha impactado no sólo sobre el articulado del Estatuto de los Trabajadores (enmendando sus artículos 11, 12, 15, 16 y 49), sino también sobre sus disposiciones extravagantes (enmendado su disposición adicional vigésima, derogando su disposición adicional vigesimoprimera, así como añadiéndole una nueva disposición adicional vigesimocuarta), aunque también hay que tener en cuenta que el Real Decreto-ley 32/2021 contiene su propia regulación autónoma y extravagante del tema en cuestión (formalizada, en lo esencial, en sus disposiciones adicionales cuarta y quinta, así como en sus disposiciones transitorias primera, tercera, cuarta y quinta). Ahora bien, sólo veinte días después de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* dicha norma de excepción fue modificada por otra de idéntico carácter. Se trata del Real Decreto-ley 1/2022, que procedió a enmendar —en materia de contratación laboral individual— la recién citada disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 32/2021¹. La inconstitucionalidad de esta segunda tanda de enmiendas es, con claridad, flagrante. De un lado, por causa del hecho de que el Real Decreto-ley 1/2022 nada tiene que ver con asuntos laborales, al referirse a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, sociedades de gestión de activos y asuntos similares. De otro lado, por causa de que dicha norma nada razona acerca del porqué del carácter extraordinario y urgente de la nueva reforma laboral extravagante que operaba. Por ello, resuenan aquí los ecos de la Sentencia reciente del Tribunal Constitucional, confirmando la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 15/2020, en lo relativo a la nueva regulación extravagante que efectuaba de la gestión del régimen de clases pasivas². En todo caso, a pesar de la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 1/2022 en el concreto punto indicado, pensamos que le enmienda por él operada tiene un interés doctrinal

¹ Cfr. su artículo 4, apartado 2.

² Véase Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 111/2021, de (*Boletín Oficial del Estado* de 15 junio 2021).

muy grande. En efecto, prueba que el Real Decreto-ley 32/2021 no trae causa de un único pacto entre el Gobierno y los interlocutores sociales estatales, sino de dos pactos distintos. Uno es el pacto entre el Gobierno, la patronal estatal y los sindicatos UGT y CCOO, relativo a la reforma laboral en el sector privado. El otro, en cambio, es un pacto entre el Gobierno y los sindicatos UGT y CCOO, relativo a la reforma laboral en el sector público, en el que —como es lógico— la falta de legitimación de CEOE y CEPYME resulta evidente e incuestionable. En este segundo pacto bipartito, al no existir condicionamiento ninguno de la patronal privada, se produjo una derogación integral de la reforma laboral de 2012, que era —dígase lo que se diga— perfectamente posible, desde un punto de vista técnico, aun cuando no se hiciese del todo bien. De ahí la necesidad de los retoques operados por el Real Decreto-ley 1/2022 en la reforma laboral del sector público, realizada por el Real Decreto-ley 32/2021, con el completo aquietamiento de la patronal más representativa a nivel estatal del sector privado.

2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

Sobre la base de que el artículo 86 de la Constitución vincula la promulgación de un Real Decreto-ley a la existencia de razones «de extraordinaria y urgente necesidad», la inconstitucionalidad de las enmiendas realizadas por el Real Decreto-ley 32/2021 en los artículos 11, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores, así como la de las derogaciones operadas por los apartados 2 y 3 de la disposición derogatoria única del propio Real Decreto-ley, resultan asimismo flagrantes. Se debe a que todas esas novedades operadas por dicha norma de excepción no han entrado en vigor inmediatamente, al día siguiente de su publicación oficial, sino que «entrarán en vigor a los tres meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"»³, evidenciándose así que en dichos concretos puntos la promulgación del Real Decreto-ley en cuestión no resultaba urgente. Casi ni haría falta decir

³ Cfr. disposición final octava, apartado 2.

que en casos como éste no cabe hablar de *vacatio legis* de la norma de excepción, pues el Título Preliminar del Código Civil ciñe dicha «vacación», literalmente, a «las leyes»⁴, pudiendo ser estas últimas leyes orgánicas, leyes ordinarias, incluso un Real Decreto Legislativo, pero en absoluto —por imperativo constitucional— un Real Decreto-ley. Al parecer, en el momento en que esto escribimos, el decaimiento del Real Decreto-ley 32/2021 podría llegar a acceder al Tribunal Constitucional por cuatro vías distintas. Dos de ellas son recursos de amparo, que tienen que ver con el accidentado proceso de convalidación en las Cortes del Real Decreto-ley. Las otras dos son recursos de inconstitucionalidad, planteados por sendos partidos políticos que cuentan en el Congreso con los cincuenta diputados requeridos a dicho concreto efecto, aunque —siempre en el momento en que esto escribimos— no se hayan publicado todavía en el *Boletín Oficial del Estado* las providencias de admisión a trámite de tales recursos de inconstitucionalidad.

Evidentemente, este conjunto normativo sujeto a *vacatio legis* es sólo una parte de la reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021 en materia de contratación laboral individual, existiendo otra parte de la misma que sí entró en vigor, como constitucionalmente debía, el día siguiente al de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del Real Decreto-ley y, consecuentemente, sin ninguna inconstitucional *vacatio legis*. Es claro, sin embargo, que la inconstitucionalidad de esta otra porción del nuevo conjunto normativo resulta igualmente flagrante, aunque se trate de una inconstitucionalidad *per relationem*. Hay que tener en cuenta que lo accesorio sigue necesaria e inexorablemente la suerte de lo principal. Y en nuestra opinión, lo principal en materia de nueva contratación laboral individual no son las novedades relativas a los contratos de trabajo que el Real Decreto-ley 32/2021 permite estipular, tanto en el sector privado como en el sector público, sino la novedad —que lo contamina todo— relativa al contrato de obra o servicio determinado, que supuestamente ya no cabe estipular (eso sí, cuando transcurran tres meses de la publicación en el

⁴ Cfr. artículo 2, apartado 1.

Boletín Oficial del Estado del Real Decreto-ley 32/2021). Acerca de esta desaparición en diferido del contrato de obra o servicio determinado, absolutamente insólita, y a la que no queda más remedio que asignar el rango de categoría — alrededor de la cual orbitan múltiples anécdotas—, tendremos que referirnos con relativa profundidad luego. Antes de ello, sin embargo, queremos contextualizar la gravedad de las afirmaciones que acabamos de realizar, relativas a la inconstitucionalidad de la reforma de 2021 en materia de contratación laboral individual, poniendo de relieve el estado de cosas en que podríamos llegar a vernos inmersos cuando se produzca, quizá dentro de un año o de año y medio, el cierre del asunto por parte del Tribunal Constitucional.

3. LAS RESULTAS JURÍDICAS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

Tras su entrada en vigor el próximo 31 marzo, la nueva regulación de la contratación laboral individual contenida en el Real Decreto-ley 32/2021 (enmendada por el Real Decreto-ley 1/2022) comenzará a desplegar plenos efectos jurídicos, vinculando no sólo a las partes de los nuevos contratos de trabajo, sino también a todos los operadores jurídicos (y especialmente, a inspectores de trabajo y jueces de lo social), hasta que se produzca la comentada declaración de inconstitucionalidad de las normas en cuestión, abriéndose a partir de este momento un escenario que ya ha sido de algún modo anticipado por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/2021⁵, allí donde relata cuáles son las consecuencias jurídicas que llevaba aparejada la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto 463/2020, por el que se declaró en su día el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19⁶. Según esta sentencia, dichas consecuencias jurídicas aparecen reguladas en el artículo 40,

⁵ *Boletín Oficial del Estado* de 31 julio 2021.

⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 183/2021 (*Boletín Oficial del Estado* de 25 noviembre 2021), relativa a la inconstitucionalidad del Real Decreto 926/2020, carece de interés a dichos concretos efectos.

apartado 1, de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional. En nuestra opinión, sin embargo, se trata de una previsión meramente parcial, cuyo análisis cumplido obliga a distinguir dos tipos distintos de consecuencias jurídicas aparejadas a la declaración de inconstitucionalidad de una norma que hubiese venido siendo objeto de aplicación por parte de los citados operadores jurídicos, así como de los particulares interesados o afectados.

El primer tipo de consecuencias jurídicas está integrado por las de naturaleza extracontractual. En este apartado, encajarían no sólo las multas que la autoridad laboral haya podido imponer aplicando el nuevo artículo 7, apartado 2, de la Ley de Infracciones en el Orden Social, sino también las sentencias que hubiesen podido recaer en procesos laborales (por ejemplo, de fijeza o de despido) aplicando la nueva regulación de la contratación laboral individual. Aunque el citado artículo 40, apartado 1, de la Ley Orgánica 2/1979 sólo se refiera expresamente a sentencias penales y a sentencias contencioso-administrativas, es claro —en nuestra opinión—, de un lado, que todas las multas (firmes y no firmes) impuestas por la autoridad laboral decaerían, aunque hubiesen sido judicialmente impugnadas, al igual que ocurrió con el millón largo de multas administrativas impuestas por autoridades dependientes del Ministerio del Interior (o sus equivalentes autonómicos) mientras estuvieron vigentes los reales decretos sobre el estado de alarma provocado por la pandemia, luego declarados inconstitucionales⁷; y de otro lado, respecto de las sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción laboral, que resultaría preceptivo tener en cuenta que si se tratase de sentencias no firmes, necesariamente decaerían en vía de recurso, mientras que si se tratase de sentencias firmes, no cabría más remedio que respetar su santidad de cosa juzgada formal (abriendo esta última posibilidad interrogantes jurídicos relativos a la posible responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal del servicio público de legislar, a ventilarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, como

⁷ Al respecto, por todos, véase <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2021/10/22/gobierno-ordena-devolver-multas-estado-alarma/00031634919011823781288.htm>.

es lógico)⁸, aunque con el importante matiz, recuérdese, de que si se tratase de sentencias laborales firmes confirmando la imposición de multas impuestas por la autoridad laboral, también podrían revisarse como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la normativa que amparó en su día la imposición de las multas en cuestión⁹. Junto a estas consecuencias jurídicas extracontractuales, también existe el plano de las resultas jurídicas de carácter contractual, tan importante para trabajadores y empresarios, y sobre el que creemos que todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, al menos en asuntos laborales. En nuestra opinión, resultaría imprudente celebrar un nuevo contrato de trabajo (bien fijo, bien de duración determinada), sin incluir en el mismo una condición resolutoria estipulada al amparo del artículo 49, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, que no ha sido tocado por la reforma. Nos parece claro que no podría considerarse manifiesto abuso de derecho por parte del empresario el hecho de que se previese la resolución del nuevo contrato de trabajo estipulado, si la norma amparadora de su estipulación fuese luego declarada inconstitucional (un clarísimo *incertus an, incertus quando* y, consecuentemente, una condición resolutoria del contrato que aparenta ser de libro). Y todo ello, por razones de seguridad jurídica, y para prevenir futuros y posibles pleitos ante los tribunales laborales (especialmente, pleitos por despido). Nos parecería heroico o, incluso, sublime (y

⁸ Según la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/2021, «por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, *sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*» (cfr. Fundamento Jurídico 11, párrafo último).

⁹ Téngase en cuenta que el citado artículo 40 de la Ley Orgánica 2/1979 ha acabado convirtiéndose con el paso del tiempo en un precepto parcialmente anacrónico, pues no noticia el hecho de que, tras la promulgación de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, la impugnación de las multas administrativas impuestas al empresario por la autoridad laboral ha pasado a ser de competencia exclusiva de los tribunales laborales.

consecuentemente, jurídicamente inexigible) impedir al empresario afectado que no se blindase de algún modo frente a la inseguridad jurídica provocada por la promulgación de un Real Decreto-ley que es flagrantemente inconstitucional. En cuanto al molde jurídico de este tema, contamos entre nosotros con doctrina científica de extraordinaria calidad relativa al mismo. Nos referimos a la tesis doctoral internacional de VILLALBA SÁNCHEZ (2018, pp. 35 y ss.), sobre el supuesto de hecho regulado en el citado artículo 49, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores.

4. LA SUPUESTA DESAPARICIÓN DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO

En nuestra opinión, hasta que se declare la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 32/2021 (enmendado por el Real Decreto-ley 1/2022), todo en materia de contratación laboral individual se encuentra condicionado por la supuesta desaparición del contrato para obra o servicio determinado, cuya eliminación pretender certificarse —al modo de un certificado de defunción— de dos modos distintos. Implícitamente, mediante la enmienda del viejo artículo 15, apartado 1, letra a), del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante la del artículo 49, apartado 1, letra c), del propio Estatuto, que eran preceptos en los que aparecía expresamente mencionado dicho tipo de contrato de duración determinada incierta (*certus an, incertus quando*; Martínez Girón y Arufe Varela, 2016, pp. 73 y ss.), habiéndose ahora volatilizado las referencias al mismo, tanto en el nuevo artículo 15 como en el nuevo artículo 49. Explícitamente, mediante una apodíctica afirmación contenida en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021. Según ella, literalmente, «desaparece la posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinado, modalidad contractual fuertemente cuestionada por las jurisprudencias interna y comunitaria (STS 1137/2020, de 29 de diciembre de 2020 y STJUE de 24 de junio de 2021 –C 550/19–)»¹⁰. Como es lógico, dada la trascendencia de esta afirmación, no queda más remedio que poner el foco de

¹⁰ Apartado IV, párrafo séptimo.

atención doctrinal sobre la misma, mereciendo —a nuestro juicio— al menos tres observaciones críticas, relativas al carácter insólito de la novedad, al defecto inadmisibles de técnica jurídica que acredita y, por último, a la rigurosa falsedad de la afirmación en cuestión.

Ante todo, su carácter insólito en el contexto jurídico cultural a que pertenecemos, resulta evidente. La celebración de contrato para obra o servicio determinado es lícita en Portugal («ejecución de tarea ocasional o servicio determinado [*execução de tarefa ocasional ou serviço determinado*]»¹¹; «ejecución de obra, proyecto u otra actividad definida y temporal [*execução de obra, projecto ou outra actividade definida e temporária*]»¹²) y en Francia («un convenio o un acuerdo colectivo de sector extendido fija las condiciones en las que es posible recurrir a un contrato concluido para la duración de una obra o de una operación [*une convention ou un accord collectif de branche étendu fixe les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération*]»¹³, teniendo en cuenta que «en defecto de tal acuerdo, este contrato puede concluirse en los sectores en que su uso es habitual y conforme al ejercicio regular de la profesión [*a défaut d'un tel accord, ce contrat peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession*]»¹⁴), así como —un poco más lejos, pero no mucho— también en Alemania (donde cabe el contrato de trabajo con término resolutorio incierto [*«zweckbefristeter Arbeitsvertrag»*])¹⁵. Supuesta su desaparición, el viejo reclamo turístico «*Spain is different*», que nos identificaba tradicionalmente a los españoles frente al resto de ciudadanos europeos, pasaría a estar más vigente que nunca, pues a partir de la promulgación del Real Decreto-ley 32/2021 también pasaría a singularizarnos como

¹¹ Cfr. artículo 140, apartado 2, letra g), del Código portugués del Trabajo.

¹² *Ibidem*, letra h).

¹³ Cfr. artículo L1223-8, párrafo primero, del Código francés del Trabajo.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁵ Cfr. parágrafo 3, apartado 1, y parágrafo 15, apartado 2, de la Ley sobre trabajo a tiempo parcial y contratos de trabajo a plazo (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* o, en su acrónimo oficial, TzBfG) de 21 diciembre 2000.

españoles el hecho de que carezcamos, según la exposición de motivos de dicho Real Decreto-ley, del contrato para obra o servicio determinado.

Esto despejado, el defecto de técnica jurídica que acredita la afirmación en cuestión es asimismo evidente. Recuérdesse que la exposición de motivos cita dos sentencias, a efectos de poner de relieve que el contrato de obra o servicio determinado ha sido cuestionado por la jurisprudencia. Pero esto no es cierto, pues lo que cuestiona la jurisprudencia allí invocada es el abuso en la utilización de la figura del contrato para obra o servicio determinado y, consecuentemente, no el derecho a utilizarlo. A este respecto, la sentencia interna española citada, que es del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, lo que hacía era segar una práctica empresarial abusiva, pero dejando incólume la regulación del tema del contrato para obra o servicio determinado entonces contenida en el Estatuto de los Trabajadores. Por su parte, la sentencia comunitaria invocada del año 2021 declaró que el abuso traía causa de un convenio colectivo sectorial de eficacia general, negociado por la patronal de la construcción y los sindicatos UGT y CCOO, concluyendo la sentencia que lo que resultaba incompatible con el Derecho de la Unión Europea era dicho convenio colectivo, pero no la regulación del contrato para obra o servicio determinado contenida en nuestro Estatuto de los Trabajadores. No queda más remedio que concluir que lo que afirma la exposición de motivos es, en realidad, que como hay abusos en la utilización de este concreto tipo de contrato, resulta obligado laminar, con carácter general, la posibilidad de celebrarlo. Y de esto, nosotros nos apartamos. Estamos firmemente convencidos de que el abuso de derecho se combate atacando el abuso, pero no eliminando el derecho. Por esta vía, a calificar de autoritaria, es claro —supuesto que se siguiese profundizando en ella— que no quedarían abusos de derecho, pero también que se eliminarían todos los derechos eventualmente susceptibles de ser abusados.

No es el único defecto de técnica jurídica achacable, en este concreto punto, a la reforma. Aunque se hayan retocado algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores para, supuestamente, certificar la desaparición del contrato de

obra o servicio determinado [por ejemplo, el artículo 15, apartado 1, letra a), del Estatuto de los Trabajadores; o también, el artículo 49, apartado 1, letra c), del propio Estatuto], algún otro precepto estatutario estructural sigue todavía refiriéndose al mismo, como en el caso claro y bien importante, del artículo 8, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, según el cual «deberán constar por escrito»¹⁶, entre otros varios, «los contratos para la realización de una obra o servicio determinado»¹⁷. Ahora bien, para nosotros, lo que es rigurosamente falso en las tres líneas citadas de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021, que venimos comentando, es su afirmación de que el próximo día 30 de marzo desaparecerá este concreto tipo de contrato de duración determinada (literalmente, recuérdese, «desaparece la posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinado»). Esto, tal y como está redactado —sin ningún tipo de matiz—, es rigurosamente falso. No ha desaparecido en absoluto la posibilidad de celebrar en España dicho tipo de contrato, ni siquiera después de la fecha recién aludida, como vamos a poner de relieve inmediatamente a continuación.

Para certificar que es falsa la afirmación de que desaparece en España la posibilidad de celebrar el contrato de obra o servicio determinado, no hace falta remontarse a los lejanos tiempos de la promulgación del Código Civil, cuyo artículo 1586 sigue refiriéndose expresamente todavía, recuérdese, a esa concreta modalidad de contrato («los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término *para cierta obra*, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa»). Basta con acudir a la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, cuyo artículo 7, apartado 2, afirma que el contrato de prestación de trabajo autónomo, literalmente, «podrá celebrarse para la ejecución de una obra o serie de ellas, o para la prestación de uno o más servicios». Y lo que es todavía mucho más inquietante. Esta misma posibilidad aparece expresamente prevista en

¹⁶ Párrafo primero, medio-inciso primero.

¹⁷ *Ibidem*.

dicha Ley, pero ahora a propósito del híbrido entre trabajador asalariado y trabajador autónomo, verdadero monstruo jurídico, que es el trabajador autónomo económicamente dependiente o TRADE (Martínez Girón y Arufe Varela, 2016, pp. y ss.), respecto del cual el Estatuto del Trabajo Autónomo afirma expresamente, en su artículo 12, apartado 4, que puede ser contratado para «una duración o un servicio determinado». Para nosotros, aquí está el *quid* de los defectos jurídicos de la reforma en materia de contrato individual de trabajo. Se trata de una reforma completamente descontextualizada, que no tiene en cuenta que el TRADE es no sólo un mecanismo de flexibilidad patronal infinita, sino también que se trata del mecanismo a través del cual se está desangrando a día de hoy el mercado español de trabajo. Nada toca la reforma de 2021 la regulación de los trabajadores autónomos y, consecuentemente, deja incólume el régimen jurídico del TRADE. Y en nuestra opinión, quizá haya podido ser éste uno de los factores condicionantes de que la patronal firmase el acuerdo tripartito (recuérdese, como antes se dijo, que hay otro bipartito), del que parcialmente trae causa el Real Decreto-ley 32/2021. Para nosotros, el falso TRADE es la realidad que tendrían que combatir los poderes públicos, a lo que renuncia esta reforma laboral de 2021, a pesar de que a través de dicho monstruo jurídico se está desangrando, repetimos, el mercado español de trabajo, lo que nos obliga a tener que insistir en este inquietante asunto.

5. LA DESCONTEXTUALIZACIÓN DE LA REFORMA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL, AL HACER ABSTRACCIÓN DEL FALSO TRADE

Lamentablemente, no contamos en España con cifras estadísticas oficiales relativas a cuántos TRADEs activos existen en nuestro país (las del Ministerio de Trabajo se refieren genéricamente a trabajadores autónomos, sin distinguir si se trata o no de TRADEs), aunque —según estimaciones del Banco de España realizadas en 2019, antes del estallido de la pandemia— debían rondar los «400.000» (García Perea y Román, 2019, p. 7). Ahora bien, nosotros no necesitamos ni estadísticas ni estimaciones sobre tropismos

sociales para poner de relieve la trascendencia y gravedad de este tema, pues creemos que podemos suplir la carencia en cuestión con sólidas pruebas académicas, las cuales acreditan que el falso TRADE es una realidad no solamente muy extendida en España, sino también incluso tolerada por quienes deberían asumir el cumplimiento del deber apremiante de extirparla. A este efecto, esgrimiremos tres pruebas doctrinales, estrechamente conectadas a lo que nosotros hacemos como editorialistas y como publicistas, aunque presumamos que no tienen por qué ser necesariamente conocidas o manejadas, basándonos en la afirmación doctrinal, pronunciada hace ahora casi sesenta años y en la que creemos, relativa a que «en España, para mantener en el más riguroso secreto una idea o una información no hay sino publicarla en un libro técnico o en una revista profesional» (Murillo Ferrol, 1963, p. 11).

La primera de esas tres pruebas consta relatada y publicada en una comunicación de VIZCAÍNO RAMOS (2018, pp. 1 y ss.), defendida en Santiago de Compostela, en el XXVIII Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta obra estudia, entre otras, una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 mayo 2016¹⁸, relativa a un proceso laboral especial de oficio (tramitado a instancia de la Tesorería General de la Seguridad Social, a consecuencia de una actuación de la Inspección de Trabajo), en la que se afirma —después de poner de relieve que los dos «peones» del caso «suscriben contratos como trabajadores autónomos dependientes para realizar trabajos de albañilería en una obra ..., para cuya construcción la empresa realiza nada menos que 42 subcontratas, entre ellos los citados señores»¹⁹— que «ni esa es la actividad de los autónomos ..., ni su actividad de albañilería tiene la precisión que exige la figura del TRADE»²⁰. Por supuesto, en este caso, el molde jurídico de Derecho común utilizado para la contratación de dichos falsos TRADEs era el del contrato de obra o servicio determinado, aunque lo más sangrante es que se tratase de

¹⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2016/162601.

¹⁹ Cfr. Fundamento de Derecho sexto.

²⁰ *Ibidem*.

«peones» (esto es, obreros manuales típicos, para cuya protección nació en su día el Derecho del Trabajo), pero que tenían la condición formal de TRADEs (por supuesto, falsos), cabiendo preguntarse cuántos más de estos peones-TRADEs existirán en obras de construcción en toda España.

La segunda prueba académica consta publicada en el volumen II de nuestro *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, e incide sobre la importancia cuantitativa del fenómeno, pero también sobre la falta de voluntad de lucha contra el mismo que tenemos en España. Se trata de un breve y agudo comentario de VÁZQUEZ FORNO (2010, p. 162), Director de la Escuela coruñesa de Relaciones Laborales, relativo al primer acuerdo de interés profesional de ámbito estatal celebrado en España al amparo de la Ley 20/2007, que fue el firmado en el Ministerio de Trabajo el día 14 abril 2009 entre la empresa Panrico, de un lado, y ATA, CCOO y UGT, del otro. Pues bien, por virtud de este acuerdo, resulta que tres mil transportistas asalariados de dicha empresa se transformaron en tres mil TRADEs. Nosotros seguimos la peripecia del asunto, pero estudiando la jurisprudencia suscitada por un ERE relativo a la empresa Bimbo, también del sector de la bollería industrial, determinante de que setecientos sesenta y tres transportistas autónomos de la misma se convirtiesen igualmente en transportistas TRADEs. Y nos preguntábamos, «a la vista de semejante "ERE" (por cierto, convalidado por la autoridad laboral y, suponemos, con los plácemes de la inspección de trabajo, pues en aquella época no se había promulgado todavía la "reforma laboral Rajoy")» (Martínez Girón y Arufe Varela, 2017, p. 415), también acordado por CCOO y UGT, por qué no se pasó «tanto de culpa al Ministerio Fiscal ... para averiguar la posible comisión del delito tipificado en el artículo 311 del Código Penal» (*ibidem*).

En fin, la tercera prueba académica aparece contenida en un artículo de revista nuestro, sobre los socios trabajadores de sociedades de capital unipersonales (Martínez Girón, 2012, p. 29). Este artículo estudiaba, entre otros materiales jurídicos, una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Castilla-La Mancha de 6 mayo 2011²¹, admitiendo con toda naturalidad la existencia del que llama TRADE «pluriactivo», esto es, una persona que presta sus servicios a tiempo parcial a un empresario como trabajador asalariado, pero que simultáneamente también prestaba esos mismos servicios al mismo empresario y de nuevo a tiempo parcial, aunque ahora en concepto de TRADE. Y todo ello, según esta sentencia, porque «tal circunstancia no es desconocida o inusual en nuestro derecho, como lo demuestra el contenido del párrafo segundo del artículo 2.1 del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, referido al trabajador autónomo económicamente dependiente ..., precepto del que se desprende la posibilidad de que una misma persona preste servicios para un mismo cliente como trabajador autónomo y como trabajador por cuenta ajena»²².

6. EL PECADO ORIGINAL DE LA REFORMA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

En nuestra opinión, todo esto tendría que haberlo corregido el Real Decreto-ley 32/2021, pero no lo hizo. Y creemos incluso que no podía hacerlo, pues dicho Real Decreto-ley trae causa del diálogo social, que parece haberse convertido últimamente en España en una especie de santo, al que al conjunto de la ciudadanía no le queda más remedio que adorar. A este efecto, la exposición de motivos de la norma recuerda que «los cambios están avalados por el diálogo social»²³, y que «las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, tras un largo proceso negociador, acordaron junto con el Gobierno de la Nación las medidas contenidas en este real decreto-ley, dando así lugar a la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social»²⁴. Es cierto que nosotros, aunque a efectos meramente dialécticos, podríamos llegar a admitir como factor legitimador de lo que se legisla el acuerdo proveniente del diálogo social, aun siendo cierto que nos parezca una forma de corporativismo,

²¹ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2011/195794.

²² Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo sexto.

²³ Cfr. apartado I, párrafo antepenúltimo, inciso segundo.

²⁴ *Ibidem*, inciso tercero.

que podría calificarse incluso más como corporativismo postmoderno, que como mero neocorporativismo. Pero también lo es que sólo lo admitiríamos, siempre y cuando se tratase de un diálogo social inmaculado, carente de todo tipo de pecado original, lo que desde luego no es el caso del acuerdo entre los interlocutores sociales y el Gobierno que precipitó en el Real Decreto-ley 32/2021, especialmente en materia de contratación laboral individual. En él, existe una mácula sobre la que tenemos que hacer hincapié. Es un defecto que quizá no resultaría relevante en una jornada asturiana, en una jornada murciana o en una jornada andaluza sobre la reforma laboral de 2021, pero que no puede pasar inadvertido en una jornada gallega, como ésta que ahora mismo estamos aquí celebrando.

Galicia es diferente, también desde un punto de vista jurídico laboral, porque aquí tenemos la Confederación Intersindical Galega o, en su acrónimo, CIG. Se trata de un sindicato más representativo (eso sí, a nivel de nuestra Comunidad Autónoma). Y como sindicato más representativo que es, posee una posición privilegiada en nuestro ordenamiento jurídico laboral, blindada por la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, según la cual «la mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical»²⁵, y resultando ocioso recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el sindicalismo más representativo a nivel estatal y el sindicalismo más representativo a nivel autonómico se encuentran en posición de igualdad en muy diversos tipos de asuntos, incluido alguno tan importantes como, por ejemplo, el de la designación de los representantes sindicales españoles ante la OIT²⁶. El hecho de que el diálogo social que practica el Ministerio de Trabajo, tanto tripartito como bipartito, excluya tratar con la CIG, provoca resultados injustos, aunque también podría acabar acarreando consecuencias jurídicas negativas muy relevantes para el

²⁵ Cfr. artículo 6, apartado 1.

²⁶ Al respecto, véase Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 65/1982 (*Boletín Oficial del Estado* de 10 diciembre 1982).

Gobierno español. De estos dos aspectos procedemos a tratar seguidamente.

Acabamos de poner de relieve que el Real Decreto-ley 32/2021, que trae causa del diálogo social con la gran patronal estatal, así como con los sindicatos UGT y CCOO, está totalmente descontextualizado en materia de contratación laboral individual, pues hace abstracción de la realidad del falso TRADE, a través de la cual se está desangrando el mercado de trabajo español. Y en este punto, nos parece injusto que no se haya dialogado con la CIG. Hay que tener en cuenta que esta central sindical es, entre otras muchas cosas, un sindicato «de clase» clásico. Ni ha firmado ni firmaría nunca un acuerdo de interés profesional, de los previstos en la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo. Y ello, porque la CIG considera que la figura del TRADE es un fraude. A este respecto, entre los documentos aprobados en su VIII Congreso Nacional, celebrado en Santiago de Compostela el 9 octubre 2021, hay uno en el que se propugna, literalmente, lo siguiente: «Eliminación de la figura legal de la trabajadora o del trabajador autónomo económicamente dependiente, por ocultar fraudulentamente una verdadera relación laboral por cuenta ajena [*eliminación da figura legal da traballadora ou do traballador autónomo economicamente dependente, por ocultar fraudulentamente unha verdadeira relación laboral por conta allea*]»²⁷. A este concreto respecto, nosotros pensamos que hubiese podido resultar extraordinariamente fructuoso escuchar la opinión de la CIG en el seno del diálogo social estatal, aunque sólo fuese para alertar de que el mercado laboral español está distorsionado, por causa del falso TRADE.

Ahora bien, también creemos que la exclusión de la CIG no sólo provoca resultados injustos, sino también que podría acabar acarreando consecuencias jurídicas muy relevantes e,

²⁷ Véase el documento «Forza para avanzar. VIII Congreso. Estatutos e documentos aprobados», p. 98 (puede consultarse su texto en el sitio oficial en Internet del sindicato CIG, ubicado en <https://www.cig.gal>, con acceso directo en https://www.cig.gal/files/documentos/Doc_CIG/ProbaBaixa_Libro_VIII_Congreso_CIG.pdf).

incluso, impactantes. Antes constatábamos que al Real Decreto-ley 32/2021 se le han abierto cuatro frentes ante el Tribunal Constitucional. Podría ocurrir que a dicha norma se le acabase abriendo otro frente más. Como es sabido, España ratificó el pasado verano la Carta Social Europea (revisada), comprometiéndose a aceptar «la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995»²⁸. Se trata de una vía de denuncia temible, bastando indicar para probarlo que a través de ella el Comité Europeo de Derechos Sociales condenó al Gobierno portugués, por causa de la corrupción existente en el seno de la Inspección portuguesa del Trabajo, con la consecuencia jurídica de que hubo que refundar de arriba abajo la Inspección de Trabajo del país vecino, que incluso tuvo que cambiar de nombre, denominándose ahora *Autoridade para as Condições de Trabalho* (Vázquez Vázquez, 2018, pp. 102 y ss.). Podría resultar una bomba que esta vía se activase precisamente por causa de la violación por el Gobierno de España de los derechos de libertad sindical de que es titular la CIG, en cuanto que sindicato más representativo. Y que el primer caso decidido por el Comité Europeo de Derechos Sociales, precisamente a su través, fuese *CIG v. Reino de España*.

7. EPÍLOGO

La crisis económica y el trabajo sumergido o irregular o negro, o como quiera llamársele (Martínez Girón y Arufe Varela, 2007, pp. 37 y ss.), son fenómenos que caminan cogidos de la mano, pero que también se retroalimentan e interactúan recíprocamente entre sí, al acabar calando en la ciudadanía la percepción —frente a la supuesta impotencia de los poderes públicos para atajar la primera— de que no quedaría otro remedio que activar el segundo, en cuanto que mecanismo de pura defensa social. Deshacer este error exige, sin embargo, sumar y sumar voluntades de

²⁸ Véase Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (*Boletín Oficial del Estado* de 1 julio 2021).

combatirlo, creando consensos sociales y políticos mucho más amplios que los formalizados en el Real Decreto-ley 32/2021 (cuya falta de voluntad de lucha contra la economía sumergida, encarnada en el monstruo jurídico del falso TRADE, nos parece evidente), y que sólo pueden lograrse allí donde, como en las Cortes Generales, todos —con independencia de particulares convicciones políticas— nos sentimos más y mejor representados. Lo ha puesto de relieve nuestra presidenta, con toda rotundidad y con toda su autoridad, afirmando —antes de que estallase la brutal crisis económica provocada por el intento de anexión ruso de Ucrania, a añadirse a la crisis económica provocada, a su vez, por la pandemia— que «la recuperación de la previsibilidad regulatoria y de la ley es un objetivo irrenunciable en beneficio de la calidad de la democracia y de la seguridad jurídica» (Casas Baamonde, 2021, p. 288), y recordando incluso —frente a intentos regulatorios extravagantes— que el Estatuto de los Trabajadores, que «precisa de la legitimidad política del parlamento y de la legitimidad social de los interlocutores sociales» (*ibidem*), es «la norma epicéntrica del ordenamiento laboral, que la Constitución ha previsto que sea regulado por una ley de Cortes y al que ha designado un territorio constitucionalmente definido» (*ibidem*).

8. BIBLIOGRAFÍA

- CASAS BAAMONDE, María Emilia. (2021). El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿Y después? Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- GARCÍA PEREA, Pilar y ROMÁN, Concepción. (2019). Caracterización del empleo no asalariado en España desde una perspectiva europea. *Boletín Económico*, 2, pp. 1-14.
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. (2012). La legitimación del socio único de la sociedad de capital unipersonal en los procesos laborales. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 154, pp. 29-47.
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. (2007). *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*. A Coruña: Netbiblo.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. (2016). Derecho del Trabajo. Critical labor law. 4ª ed. Barcelona: Atelier.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. (2017). «Acuerdos de interés profesional», en José Luis MONEREO PÉREZ y Francisco VILA TIerno (Directores), El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (pp. 405-425). Granada: Comares.

MURILLO FERROL, Francisco. (1963). Estudios de Sociología Política. Madrid: Tecnos.

VÁZQUEZ FORNO, Jesús. (2010). ¿Qué eficacia tiene el primer acuerdo de interés profesional, aplicable a trabajadores autónomos económicamente dependientes firmado en España? Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo, II, pp. 162-163.

VÁZQUEZ VÁZQUEZ, Francisco. (2018). La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes. Barcelona: Atelier.

VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia. (2018). La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo. Granada: Comares.

VIZCAÍNO RAMOS, Iván. (2018). El subtrabajador autónomo económicamente dependiente. En el volumen Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial (pp. 1-8). Madrid: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.